Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

erörterten Streitfrage zu befassen nöthig haben. In neuester Zeit ist aber doch bei den Gr. Hessischen Gerichten ein Rechtsstreit ventilirt worden, in dem die Entscheidung dieser Frage ein großes Interesse darbot. A hatte eine bedeutende Forderung an B und behauptete, diese an C gegen einen in der Folge auch gegen diesen eingeklagten Preis abgetreten zu haben, was der Beklagte aber in Abrede stellte. Ehe in diesem Rechtsstreite eine Erkenntniß erfolgte, wurde über des Schuldners Vermögen der Concurs erkannt, und es entstand nunmehr die Frage, wer in dem anberaumten Liquidationstermin die Forderug geltend zu machen habe, der Cedent oder der angebliche Cessionar? Meiner Ansicht nach war hierzu nur der Cedent nicht nur berechtigt, sondern, wenigstens unter Umständen, auch verpflichtet, wenn er nicht für den Fall seines Sieges in dem Rechtsstreite gegen seinen Cessionar diesem deßhalb regreßpflichtig werden will, weil er durch die unterlassene Anmeldung der cedirten Forderung im Lequidationstermine deren Verlust verschuldet hat.

IV.

Ueber Inhalt und Form der codicili testamento confirmati.

Von

Herrn v. Krämel,
Appellationsgerichtsrath in Naumburg.

Meinem, denselben Gegenstand betreffenden, S. 58 ff. Bd. 43 dieser Zeitschrift abgedruckten Aufsatze ist S. 312 ff. Bd. 44 dieser Zeitschrift das Glück einer eingehenden Kritik zu Theil geworden. Dieselbe macht um so mehr eine, wenn auch möglichst kurze Erwiderung nöthig, als in der verschiedenen Auffassung der vorliegenden Frage die beiden Grundanschauungen ziemlich klar zu Tage treten, welche jetzt in unserer Wissenschaft vorherrschen.

I. Was den von mir aufgestellten Satz angeht:

Ist im Testamente ausdrücklich die Befugniß

vorbehalten, in einem Nachzettel das Teſt. auch in Beziehung auf die Erbfolge abzuändern, oder iſt einem ſolchen Nachzettel die volle Kraft des Teſtaments beigelegt, ſo hat ſolcher Nachzettel die volle Gültigkeit, wie das Teſt. ſelbſt, auch in Beziehung auf die Erbfolge;

ſo wird gegen deſſen Richtigkeit von dem wirkl. Geh.-Rath Chop erinnert:

1) daß ſich die meiſten neueren Rechtsgelehrten gegen denſelben ausgeſprochen haben. Grade dies gab mir aber Veranlaſſung, die ſtreitige Frage bei ihrer praktiſchen Wichtigkeit einer eingehenden Prüfung zu unterwerfen.

2) Ferner wird hervorgehoben, daß die unzweifelhafte Regel: hereditatem neque dari neque adimi codicillis posse, meinem Satze entgegenſtehe. Indeß handelt es ſich ja hier eben darum feſtzuſtellen, ob dieſe Regel nicht bei codicillis testamento confirmatis eine Ausnahme erleidet. Mein Gegner will die Möglichkeit einer ſolchen Ausnahme mit dem Satze beſeitigen, ubi lex non distinguit, nec, nostrum est distinguere; das iſt aber eine petitio principii. Es fragt ſich ja eben ob nicht, wie ich behaupte, die lex distinguit, und ob nicht im römiſchen Geſetze ſich Beſtimmungen finden, nach welchen bei codicillis testamento confirmatis von der Regel: hereditatem neque dari neque adimi codicillis posse jene Ausnahme zu machen ſei?

Mehr als dieſe Regel iſt in l. 10. h. t. (29. 7):

Quod per manus traditum est, codicillis hereditatem dare non posse, rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur;

nicht ausgeſprochen, wie auch Accurſius und Cujarius anerkennen. Wenn dieſen Autoritäten nur Chop die ſeinige entgegenſetzt, ſo bleibt der Satz doch immer nur eine Beſtätigung der unbeſtrittenen Regel, und findet ſeine Erklärung in der vorhergehenden l. 3 §. 2 h. t. welche lautet:

Testamento facto, etiam si codicilli in eo confirmati

non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex hujusmodi codicillis nullius momenti est.

Für unsere Frage: über die besondere Natur derjenigen codicilli, welche der Testator selbst nach seiner ausdrücklichen Bestimmung von dieser Regel ausgenommen hatte, ist aus der allgemeinen Vorschrift der l. 10 civil. nichts zu entnehmen.

3) Gegen die rechtliche Zulässigkeit einer Ausnahme von der sonst für codicilli geltenden Regel, daß sie eine Erbschaft weder nehmen noch geben können, wendet Chop S. 315 ein: da das Codicill dem Testament nachfolge, so mangele es an der erforderlichen unitas actus des Test. und Kodizills. Eine Einheit des Rechtsgeschäfts liege also wirklich nicht vor, und müßte daher fingirt werden. Das würde jedoch nur dann geschehen können, wenn der bloße Wille des Erblassers im Stande wäre zu bewirken, daß eine von ihm nach der Errichtung seines Testaments getroffene Anordnung, obgleich dieselbe eine wesentlich in ein Testament gehörige Verfügung, eine Erbeinsetzung, enthält, als eine Ergänzung seines Testaments behandelt würde, sobald er im Voraus erklärt hätte, daß er dieselbe zu treffen sich vorbehalte, oder daß dieselbe die Kraft des Testaments haben solle.

Zunächst enthält diese Folgerung wieder eine petitio principii cinii insofern sie das zu Beweisende, daß die Erbeinsetzung nicht dem ausgesprochenen Willen des Testators gemäß im Nachzettel erfolgen könne, als bewiesen voraussetzt.

Dann ist es ja aber auch außer Zweifel, daß nach röm. Recht diese unitas actus des Testaments mit dem Kodizill fingirt werden muß. So sagt l. 2 §. 2 N. und (29. 7):

Codicillorum jus singulare est, ut, quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent.

Es ist eben eine Eigenthümlichkeit der Kodizille, daß sie der fehlenden unitas actus ungeachtet als Theil des Testaments angesehen werden, mögen sie im Testament bestätigt sein, oder nicht.

4) Außerdem beruft sich Chop auf l. 17 u. 13 §. 1 a. a. O.

welche doch auch nur die unstreitige Regel aussprechen, daß in den Codicillen kein Erbe ernannt werden soll. Die außerdem von Chop angeführte l. 15 §. 1 ad leg. Falcid (35. 2) ist wohl nur aus Versehen bezeichnet, da sie die angeführten Worte: si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt, nicht enthält. Diese Worte befinden sich vielmehr l. 21 §. 1 D qui test. facere possunt (28. 1). Wenn aber aus diesen Worten gefolgert wird, daß in codicillis testamento confirmatis die Erbeinsetzung des Testaments nicht geändert werden dürfe, weil sonst das Testament rumpirt werde, so ist dabei wieder übersehen, daß die Codizillen eine Ergänzung des Test. sind, und als Theil desselben angesehen werden. Daß aber in dem Test. selbst Abänderungen zulässig sind, und solche nicht ohne Weiteres das Test. rumpiren, das ergibt der ganze Titel: de his, quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur (28. 4).

Die Worte: „si quid post. factum testamentum" können also nur dahin verstanden werden, wenn ein Test. vollständig abgeschlossen und beendigt (factum) ist, so müssen spätere Aenderungen desselben als neue selbstständige letztwillige Verordnungen errichtet und als solche gültig sein. Danach kann durch gültige Codicilli der Inhalt eines vorher errichteten Testaments geändert werden.

5) Demnächst bezieht sich Chop S. 317 ff. auf l. 15 §. 1 D. ad legem Falcid (35. 2), l. 55 D. leg. I. u. c. 13 c. de test. (6, 23), inhalts welcher Vorschriften die gebietenden Gesetze, welche von dem Testamente gelten, der Willkühr der Privaten entzogen sind. Der Staat habe somit nicht bloß dem Erblasser überlassen wollen, Vorkehrungen zu treffen, um möglichst sicher zu bewirken, daß sein Nachlaß in die Hände komme, denen sie sein letzter Wille zuweise. Deßhalb habe es das Gesetz übernommen dafür zu sorgen, daß die Testamente vor Fälschungen und Unterschlagungen möglichst geschützt werden. Jener dürfe sich nicht bei dem Gedanken beruhigen, daß es sich zunächst nur um das Eigenthum des Erblassers handle, daß er die Gefahren einer Fälschung und Unterschiebung seines letzten Willens kenne und dieselben zu vermeiden wissen werde.

Ganz abgesehen davon, daß die beiden zuletzt erwähnten Voraussetzungen nicht immer zutreffen würden, so beweise auch jene Argumentation zu viel und darum nichts: denn aus ihr würde folgen, daß der Erblasser wie dem „Nachzettel", so dem Testamente, auf das sich der „Nachzettel" stützt, eine beliebige Form geben könne.

Mein verehrter Gegner übersieht hier aber, daß nach meiner Behauptung nach den Römischen Gesetzen der Erblasser nur in einem rechtsgültigen, also in aller Form errichteten Testament befugt ist, seinem Nachzettel ausnahmsweise auch in Beziehung auf die Erbeinsetzung Geltung beizulegen. Dieser Wille des Erblassers, der Grund der Ausschließung der gesetzlichen Regel, muß aber authentisch festgestellt sein, denn er gilt als lex specialissima. Chop stellt somit einen unrichtigen Satz auf, an dem ich keine Schuld trage.

Wir kommen später auf den Standpunkt des Gesetzgebers zurück, und wenden uns gleich zu der Hauptfrage, nämlich zu denjenigen Gesetzen, welche von dem besonderen Wesen der codicilli testamento confirmati und von der Frage handeln ob in demselben eine Erbeinsetzung erfolgen kann.

Es sind dies l. 77 D. de hered instit. (28. 5) u. l. 10 D. de conditionibus instit. (28. 7).

Chop beginnt mit einer Kritik der 2. Stelle, wie dies auch Fein thut, welchem Chop folgt. Dies scheint jedoch in doppelter Beziehung unrichtig.

Einmal verstößt es gegen die geschichtliche Zeitfolge. Das 1. Fragment ist von Papinian, das 2. von Ulpian seinem Nachfolger. Es scheint angemessen den Rechtssatz Papinians, des angesehensten unter den Röm. Juristen, den Satz, der also schon vor Ulpian Geltung hatte, aus sich allein und selbstständig, ganz abgesehn von Ulpians späterer Auffassung zu erörtern. Es ist diese Folgerung aber auch um deßhalb geboten, weil Papinians Ausspruch umfassender ist, als Ulpians.

Es ist deßhalb verfehlt, wenn Chop mit Fein[1]) Papinians l. 77 a. a. O. der l. 10 a. a. O. von Ulpian unter-

1) Fortsetzung von Glücks Pandekt. Bd. 45. S. 121.

ordnen will, und sagt: Papinian erkenne in der l. 77 auch den Grundsatz an, daß das Erbrecht des Titius nicht aus dem Kodizill abgeleitet werden kann, und finde die Quelle desselben wie Ulpian im Testamente. Den Grund für diese Entscheidung gebe Papinian nicht an, aber wir seien durch nichts gehindert, ihm denselben unterzulegen, dessen sich Ulpian l. 10 a. a. O. bedient habe.

Zunächst ist die Behauptung nicht richtig, daß Papinian keinen Grund für seine Entscheidung angebe. Er sagt vielmehr einmal, daß die Ausnahme stattfindet, mit den Worten:

Asse toto non dissoluto, ita scriptum est: quem heredem codicillis fecero, heres esto; Titium codicillis heredem instituit. Ejus quidem institutio valet.

Papinian fügt aber ausdrücklich als Grund für diese Ausnahme von der Regel: licet codicillis dari hereditas non potest, die Worte hinzu:

tamen haec ex testamento data videtur.

Grade diesem Ausspruche Papinians ist, wie im Allgemeinen, so auch jetzt von Chop die gehörige Beachtung nicht geschenkt worden. Papinian sagt aber ausdrücklich, daß die Regel codicillis dari hereditatem non posse, in dem vorliegenden Falle, wo der Testator selbst im Test. sich die Befugniß vorbehalten hat, im Codicill einen Erben zu ernennen, keine Anwendung finden soll, weil man annehmen müsse, daß diese Erbeinsetzung ihren rechtsgültigen Grund im Testamente, also den rechtsgültig ausgesprochenen Willen des Testators habe. Wie hätte wohl Papinian den allg. Satz, daß im Testament rechtsgültig bestimmt werden könne, der Erblasser behalte sich die Erbeinsetzung für das Kodizill vor, bündiger ausdrücken sollen?

Anstatt, wie man das früher that, an diesem unzweifelhaft ausgesprochenen Satze festzuhalten, bemüht man sich jetzt durch ängstliche Wortdeutung, und eine möglichst beschränkte Anwendung diesen Grundsatz fort zu interpretiren, und doch liegt gerade in demselben ein Beweis der produktiven Kraft der Römischen Rechtslehrer, welche der weltherrschenden Macht des Röm. Rechts solchen Vorschub geleistet hat.

Es ist nöthig hier an Puchta's Worte[2]) zu erinnern: „die Jurisprudenz hat eine doppelte Aufgabe. Die Auffassung des durch die Volksüberzeugung und Gesetzgebung gegebenen Rechts, die Rechts- und Gesetzeskunde ist nur die eine Seite derselben. Die andere besteht in dem produktiven Verhältniß zu dem Rechte, in der Entwicklung neuer Rechtssätze aus dem bestehenden Rechte. Der Uebergang von jener receptiven zu dieser produktiven Thätigkeit, wird durch die systematische Auffassung des Rechts, durch seine Zurückführung auf die ihm zu Grunde liegenden Principen bewirkt, wenn sich damit eine praktische Neigung, eine lebendige Anschauung des Rechts verbindet, ohne die eine wahre Rechtswissenschaft nicht gedacht werden kann. Die produktive Kraft der Jurisprudenz wird durch die Röm. Juristen auf das augenscheinlichste bestätigt, unzählige Rechtssätze sind durch die wissenschaftliche Wirksamkeit ohne Beihülfe einer anderen Rechtsquelle entstanden.

Die Wissenschaft hat dem ihr überlieferten Rechtsstoff auf Principien zurückgeführt, und aus diesen das Recht selbst auf vielfache Weise erweitert."

Auch in unserer l. 77 bringt Papinian die ausgesprochene Absicht des Erblassers im Codicill einen Erben zu ernennen zur Geltung. Er beseitigt aber keineswegs die Regel des jus civile, codicillis hereditas dari non potest, er gesteht aber dem Testator die Befugniß zu, selbst sein Codicill von dieser Regel auszunehmen, und rechtfertigt diese Ausnahme auf die einfachste und natürlichste Weise, nämlich dadurch, daß der im Test. ausgesprochene Wille des Testators maaßgebend und geeignet sei, die Regel des strengen Civilrechts ausnahmsweise außer Anwendung zu setzen.

Ich hatte hierzu S. 71 a. a. O. bemerkt: „Wörtlich genommen ist der für die Entscheidung angegebene Grund: daß die Erbschaft nicht durch ein Codicill, sondern durch das Testament gegeben sei, freilich unrichtig. Nicht das Testament, sondern der Nachzettel gibt hier dem Erben sein Successionsrecht. Wäre der Nachzettel nicht da, wo sollte das Erbrecht

2) Cursus der Institutionen I. S. 475, 476.

aus dem Testamente herkommen. Ebensowenig könnte aber nach dem allgemeinen Grundsatz das Kodizill an und für sich ein Erbrecht begründen. Diese Kraft der Erbeinsetzung erhält ein solcher Nachzettel lediglich durch den im Test. ausgesprochenen Willen des Testators, der dem Nachzettel die Kraft des Testaments beilegt."

Chop bemerkt hierzu, ich könne mir also nur dadurch helfen, daß ich den Grund Papinians „wörtlich genommen" für unrichtig erkläre, und es werde niemand verkennen, daß eine Auslegung das gerechteste Bedenken erregen müsse, ja nicht gebilligt werden könne, durch welche der Gesetzgeber eines Irrthums geziehen und mit sich selbst: in Widerspruch gesetzt werde. Es ist richtig, daß die Fassung meiner Ausführung zu dieser Ausstellung Veranlassung geben kann. Es kann aber doch unmöglich meinem verehrten Gegner entgangen sein, daß Papinian selbst den Satz nicht in so positiver Weise aufstellt. Er sagt nicht: tamen haec est testamento data est, sondern: tamen haec ex testamento data esse videtur. Dieses „videtur" spricht ja eben dagegen, daß der Satz in seiner positiven Form richtig ist. Er sagt damit: Wenn auch streng genommen im vorliegenden Falle das Erbrecht nicht durch das Testament begründet wird, so muß man doch den im Testament ausgesprochenen Willen des Testators gelten lassen, und deßhalb annehmen, daß das Testament, also der in demselben ausgesprochene und zu Recht bestehende Wille des Testators das Erbrecht des im Codicill eingesetzten Erben begründe.

Nur wenn man so unbefangen die eigentliche Willensmeinung der Römischen Juristen zu erforschen sucht, und dem rechtsbildenden Gange der Römischen Rechtswissenschaft die volle Geltung läßt, kann man zu einer, auch für die Gegenwart ersprießlichen Auffassung des Röm. Rechts gelangen.

Wir kommen noch einmal auf Puchta zurück, welcher an der angegebenen Stelle fortfährt: Man lernte das Recht aus inneren Gründen erkennen. Das individuell Röm. Recht, das jus civille und das allgemeinere, das jus gentium erfuhren diese Aus- und Fortbildung; der Gegensatz blieb, denn es hatte durch die Unfähigkeit der Peregrinen zu den Verhältnißen des

jus civile durch die Beschränkung auf das jus gentium, eine hohe praktische Wichtigkeit, aber dies verhinderte nicht, beide Rechte in einzelnen Punkten einander zu nähern, und das allgemeinere Element des Rechts einen gewissen Einfluß auch in den Grenzen des jus civile gewinnen zu lassen. So waren die Testamente ein reines Geschäft des jus civile wenn aber die Röm. Juristen bei Interpretation derselben die wahre Intention des Testators als leitenden Grundsatz betrachteten, und gegen die Form der Worte, soweit es ohne die direkte Beseitigung des jus civil. möglich war, geltend machten, so war dies eine Wirkung jenes allgemeineren Rechtssinnes, der in dem jus gentium seine eigentliche Heimath fand.

Galt nun auch nach strengem Civilrecht die Regel: hereditatem codicillis dari non posse, so war doch diese Befugniß des Testators, sich im Testamente die Erbeinsetzung für den Nachzettel vorzubehalten, auch eine Wirkung des Rechtssinnes, der in dem jus gentium seine eigentliche Heimath fand. Diese schon von Papinian anerkannte Ausnahme muß um so mehr ihre Wirkung äußern, nachdem das Röm. Recht in Deutschland recipirt worden, und diese freiere Auffassung der Befugniß des Testators die längste Zeit hindurch als die sachgemäße und unseren Verhältnissen entsprechende anerkannt ist.

In der l. 10 a. a. O. sagt Ulpian:

> Institutio talis: „Si codicillis Sejum heredem scripsero heres esto“, non est inutilis in quovis herede instituto, praeter filium. Est enim conditionalis institutio nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est: verum conditionalis est haec institutio, quae testamento data esset. Proinde et si ita scripserit: Cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto“ pari ratione dicendum erit, institutionem valere, nullo jure impediente.

Von dem 1. Falle: Si codicillis Sejam heredem scripsero hero esto, sagt Ulpian, daß diese Art der Erbeinsetzung eine bedingte sei, so daß die Erbschaft nicht durch das Codicill, was verboten, sondern durch das Tastament gegeben sei.

S. 72 meines Aufsatzes ist ausgeführt, daß, streng ge-

nommen eine solche Erbeinsetzung keine bedingte, sondern eine unvollständige ist, welche erst durch das Codicill zu einer vollständigen wird. Indeß kommt auf diese verschiedene Auffassung des Falles wenig an, da Ulpian doch auch die Befugniß des Testators, die Erbeinsetzung von dem Inhalt des Codicills abhängig zu machen, anerkennt. Während aber die bedingungsweise Fassung des 1. Falls mit „si“ für die Begründung der Entscheidung Ulpians geltend gemacht werden kann, fehlt es an dieser bedingungsweisen Fassung in dem 2. Falle der Stelle si ita scripsent: Cujus nonem codicillis scripsero ille mihi esto.

Auch Fein[3]), auf den sich Chop beruft, sagt, daß dieser Fall bedenklicher sei, denn während im 1. Falle der Erbe Sejus schon im Testament mit seinem Namen bezeichnet war, so haben wir hier im Testament gar keine bestimmte Persönlichkeit vor uns, und wir könnten deßhalb leicht geneigt sein in einer solchen Erbeinsetzung eine nach älterem Rechte unzuläßige Einsetzung einer persona incerta zu erblicken. Demnach nehme Ulpian gar keinen Anstand, diesen Fall ganz nach der Analogie des 1. Falles zu beurtheilen. Man müße daher die Unzulässiukeit der Erbeinsetzung einer persona incerta auf diejenigen Fälle einschränken, wo die spätere Herstellung der Individualität des Erben entweder ganz dem Zufalle überlassen, oder doch wenigstens nicht vom Willen des Erblassers abhängig gemacht war. Da nun im vorliegenden Falle die persona incerta einzig und allein nur durch eine Willenserklärung des Erblassers zu einer persona incerta gemacht werden könnte, so stände der Aufrechterhaltung der fraglichen Erbeinsetzung, als einer bedingten, kein Hinderniß weiter im Wege. Die Bedenken, gegen die Auffassung Ulpians, daß eine solche Erbeinsetzung eine bedingte sei, werden aber noch dadurch vermehrt, daß dieser Fall im Wesentlichen derselbe ist, den Papinian in der l. 10 a. a. O. vor Augen hat, und daß Papinian, im Widerspruch mit Ulpian, eine solche Erbeinsetzung nicht als eine bedingte, sondern ohne Weiteres den Willen des Testators

3) Glücks Pandekten Bd. 45 S. 120

als maaßgebend ansieht. Daß aber auch der Verfasser des corpus juris eine solche Erbeinsetzung nicht für eine bedingte erachtete, das ergibt sich daraus, daß sie Papinians Stelle nicht in den Tit. 7 des 23 Buchs der Digesten, der von den bedingten Erbeinsetzungen handelt, sondern in den 5. Titel desselben Buchs setzten, welcher von der Erbeinsetzung im Allgemeinen handelt.

Mag indeß Ulpian für den Satz: daß der Erblasser sich im Testament die Befugniß im Codicill einen Erben zu ernennen, vorbehalten kann, einen richtigen oder einen nicht recht stichhaltigen Grund angegeben haben, so kommt doch darauf wenig an, da, wie Thibaut im §. 34 seiner Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts sagt: die Röm. Juristen manchmal für ihre Entscheidungen Gründe anführen, welche falsch, nichtssagend und unzutreffend sind, es leuchte aber von selbst ein, daß die Entscheidung, welche auf einem falschen Grunde beruht, dessen ungeachtet in ihrer vollen Gültigkeit bleibe, da des fehlenden Grundes wegen kein Gesetz aufzuheben oder zu beschränken sei.

In der Hauptsache, in dem Rechtssatze, sind Ulpian und Papinian einig, wie auch Fein anerkennt, daß der Testator allemal die Ernennung des Erben einer späteren codicilarischen Verordnung rechtsgültig vorbehalten kann. Nur in der Begründug des Satzes offenbaren sich verschiedene Anschauungen. Ferner ist in meinem Aufsatze S. 73 nachgewiesen, daß der Testator diese Befugniß hat, möge er im Test. selbst eine Bestimmung über die Erbfolge getroffen haben oder nicht, möge also das Codicill als eine Ergänzung oder als eine Abänderung des Testaments anzusehen sein.

Chop folgert dagegen wieder aus der Regel: codicillis hereditatem neque dari neque adimi posse das Gegentheil. Es handelt sich hier ja aber nur um Feststellung der Ausnahme von dieser Regel, welche in l. 10 u. l. 77 a. a. O. enthalten ist. Daß nun diese dem Testator ausnahmsweise zugesicherte Befugniß ihm nur dann zustehen soll, wenn er im Testament keinen Erben ernennt, also ein an sich ungültiges Testament

errichtet hat[4]), das ist in diesen Gesetzen keineswegs gesagt, und ubi lex non distinguit, nec judicis est distinquere. Chop sagt freilich nach S. 332 a. a. O.:

„Denken wir uns, daß der Erblasser dem einzigen im Testament eingesetzten Erben im Kodizill einen anderen substituirt hat, so fehlt dem Testament die Erbeinsetzung, wenn man mit v. Krämel annimmt, daß sie ihm gültig entzogen sei. Man kann alsdann auch sagen: es hört auf ein Testament zu sein. Folglich ist es richtig und könnte höchstens nur als Kodizill gelten. Gleichwohl soll aus ihm als Test. das Recht zu der im Kodizille vorgenommenen Abänderung abgeleitet werden können!

Mein verehrter Gegner übersieht hier aber wieder, daß die bestätigten Nachzettel rechtsgültig erfolgte Erbeinsetzung ohne Weiteres an die Stelle der im Testament enthaltenen Erbeinsetzung tritt. Diese suppletorische Natur der Codicilli ist ja in l. 2 §. 2 D. h. t. (29. 7) ganz deutlich und ausdrücklich ausgesprochen.

Schließlich war von mir hervorgehoben, daß der aufgestellte Rechtssatz nicht nur dem Entwicklungsgange des Röm. Rechts, sondern auch unserem praktischen Bedürfnisse entspreche, wie die Präjudikate des Kammergerichts zu Berlin aus dem vorigen Jahrhunderte, sowie die Vorschriften des Code Napoléon und des Oestr. Gesetzbuchs beweisen.

Dem wird S. 333 a. a. O. entgegengesetzt, daß bei einer nach dem gemeinen Rechte zu entscheidenden Frage, jetzt geltende Gesetzbücher nicht benutzt werden könnten, und daß die frühere Praxis nur zu berücksichtigen wäre, wenn sie einen gewohnheitsrechtlichen Charakter an sich trage. Eine falsche, wenn auch noch so oft erfolgte Anwendung eines Gesetzes dürfe uns nicht hindern, ihr nach erkanntem Irrthum untreu zu werden.

Steht denn aber die Unrichtigkeit der früheren Praxis so fest? Wir glauben vielmehr, daß sie in den angeführten Gesetzen ihre vollständige Begründung findet. Jedenfalls scheint es aber nicht gerathen, bei Anwendung der Röm. Gesetze jetzt

4) l. 1 §. 3 D. de vulg. jubatis (28.6).

so völlig blind für unsere Verhältnisse und Bedürfnisse zu sein, und ganz unberücksichtigt zu lassen, daß das Röm. Recht ein uns fremdes ist, welches seit seiner Reception in Deutschland unseren Rechtsverhältnissen entsprechend, vielfach durch die Praxis modificirt werden. Wir sollen nicht sowohl unseren Rechtszustand romanisiren, als das bei uns geltende Röm. Recht, wo es Noth thut, germanisiren, wie es unsere Väter, wenn auch oft unbewußt, aber doch mit richtigem deutschen Rechtsgefühl gethan haben, welches manchem deutschen Romanisten gar zu sehr abhanden gekommen ist.

Endlich stimmt Chop unter II. seines Aufsatzes meiner Ausführung bei, daß der Testator sich im Testamente die Befugniß vorbehalten kann, im Nachzettel auch die Größe der Erbtheile anzuordnen. Doch meint er, es folge hieraus nicht, daß im Kodizill die Größe der Erbtheile angeordnet werden dürften. Auch für die Größe der Erbtheile sei das Testament allein maaßgebend. Im Testamente habe der Testator seinen Willen ausgesprochen, daß der Erbe den Theil erhalten solle, den das Kodizill angeben werde. Ueber diesen Theil disponire daher das Kodizill nicht, sondern es gebe nur über dessen Höhe Aufschluß.

Gibt das Testament aber nicht wie das Codizill über den Willen des Erblassers Aufschluß? Eben weil das eine wie das andere den letzten Willen bekunden, deßhalb soll das Kodizill dem ausgesprochenen Willen des Testators gemäß wie ein Testament auch in Beziehung auf die Höhe der Erbtheile gelten können, und diesen Satz festzustellen, darauf allein kommt es ja an.

Auch Keller spricht in §. 555 seiner Pandekten jetzt den Rechtssatz aus: Man könnte sich im Testamente für ein Kodizill die Bestätigung oder die Nennung oder die Bestimmung der Portion eines Erben vorbehalten.

Hatte aber die gemeinrechtliche Praxis diese Sätze allgemein anerkannt, so können die Rechtslehrer doch nicht das gemeine Recht in der Weise zurückromanisiren, daß wir noch an die in l. 10 und l. 77 a. a. O. präcisirten Fälle und Formeln gebunden sein sollten.

Sagt also ein Erblasser unter der Herrschaft des gemeinen Deutschen Rechts in seinem Testamente, daß das Kodizill, welches er etwa noch errichten werde, die volle Kraft des Testaments haben solle, so ist damit in der That weiter nichts gesagt, als daß er sich das Recht vorbehalte, im Kodizille auch in Beziehung auf die Erbfolge Bestimmungen zu treffen, denn es ist dies ja der einzige Unterschied der nach gemeinem Rechte zwischen dem Kodizille und dem Testament besteht, daß der Regel nach im Kodizille nichts über die Erbfolge bestimmt werden darf. Sollte freilich in einzelnen Fällen es zweifelhaft erscheinen, ob dieses wirklich in der Absicht des Erblassers lag, so handelt es sich nur um die richtige Auslegung des letzten Willens. Hier sollte nur gezeigt werden, daß der Erblasser nach gemeinem Rechte mit rechtsgültiger Wirksamkeit bestimmen kann, daß das Kodizill auch in Beziehung auf die Erbeinsetzung die Kraft eines Testaments haben, und so angesehen werden soll, als wenn es dem Test. selbst einverleibt wäre.

II. Ferner wurde von mir der Satz aufgestellt:

Wenn im Testamente über die Form der Kodizille Vorschriften enthalten sind, so gelten alle Kodizille, bei denen die vorgeschriebenen Formen im Wesentlichen beachtet sind. Ist ein Testament in Hinsicht auf die Form der Kodizille nichts bestimmt, so finden die für die Kodizille im Allgemeinen geltenden Vorschriften Anwendung.

Wie nach der Ausführung unter I. die Röm. Gesetze dem Erblasser die Befugniß zugestanden haben, dem Kodizill seinem Inhalte nach die Wirkung des Testaments beizulegen, und sich von der bevormundeten Beschränkung des strengen Civilrechts frei zu machen, so nahm in Uebereinstimmung hiermit auch die Praxis des gemeinen Rechts an, daß der Erblasser auch befugt sei, sich selbst die Formalitäten vorzuschreiben, nach welchen die Rechtsgültigkeit seines Kodizills beurtheilt werden soll.

Chop hält auch diese Praxis für unrichtig, und will ohne jede Ausnahme die in c. 8 §. 3 c. de codicillis (3. 36) ausgesprochenene Regel: in omni ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes in uno eodemque tempore adhiberi debeat zur Geltung bringen. Er behauptet, daß

in den Röm. Gesetzen dem Testator nirgends die Befugniß eingeräumt sei, sich von der allgemeinen Vorschrift in c. 8 cit. zu dispensiren. Es sei dies namentlich auch nicht in der von mir hervorgehobenen Stelle, l. 6 §. 2 h. t. (29. 7).

Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit quam sua manu siguatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti fuerint nam ea quae postea geruntur prioribus derogant.

Hierzu bemerkt Chop: Marcian bejahe die Frage, weil ea, quae postea geruntur prioribus derogant, dadurch erkenne er den Grundsatz an, daß der Erblasser durch seine frühere Anordnung nicht genöthigt werde, von der in derselben angeordneten Form nicht abzuweichen, daß es ihm vielmehr freistehe, dem späteren Kodizille eine andere Form zu geben. Aus der lex sei daher nichts weiter zu entnehmen, als das negative Resultat, daß der Erblasser an die von ihm selbst im Voraus bestimmten Formen bei der späteren Errichtung eines Kodizills nicht gebunden sei.

Läßt man aber dieser lex ihren dispositiven Werth, wie man dies muß, da sie nicht in einer Rechtsgeschichte, sondern im Gesetzbuch als Gesetz steht, so kann doch kein unbefangener Leser zweifeln, daß in dem 1. Theile der Stelle Marcian den affirmativen Satz ausspricht:

licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subcriptos, valent facti ab eo codicilli, qui sua manu signati et subscripti sunt.

Damit ist ja aber der Satz ausgesprochen, daß der Testator befugt ist, rechtsgültig und ohne Rücksicht auf die vom Gesetz bestimmte Form der Kodizille, diejenige Form festzusetzen, welche zur Rechtsgültigkeit der Kodizille genügen soll. Wenn Marcian aber noch weiter geht, und ausführt, daß das Codicill auch sogar dann gelte, wenn diese vom Testator vorgeschriebene Form nicht streng beobachtet ist, so kann dies doch wahrlich nicht den als unzweifelhaft hingestellten Satz umstoßen, daß das Kodizill gilt, wenn die Formen genau beachtet sind,

welche der Testator selbst als die für die Rechtsgültigkeit des Testaments gebenden bezeichnet hat.

Marcian, und mit ihm die Röm. Gesetzgeber, erkennen hier aber mit Recht diese Befugniß des Testators an. Wer ist besser als der Testator im Stande zu beurtheilen, ob er nicht in der Lage ist, ein schriftliches Kodizill zu errichten, ohne der Gefahr der Fälschung desselben ausgesetzt zu sein, oder ob er nicht auf einer anzutretenden Reise oder sonst wie einer Gelegenheit entbehren werde, ein förmliches Testament zu errichten.

Die gemeinrechtliche Praxis hat die längste Zeit, besonders auch in Preußen, diese Befugniß des Testators anerkannt. Bei den Vorarbeiten zum Allgemeinen Landrechte machte sich aber das alles bevormundende Streben der Staatsgewalt auch in dieser Beziehung geltend, denn Suarez bemerkt in seinem amtlichen Schlußberichte:

> Es ist in der That sonderbar, daß nach heutiger Gesetzgebung und Praxis zur Ernennung eines Erben soviel Umständen und Förmlichkeiten erfordert werden, und daß dagegen, wenn nur erst ein Testament vorhanden und darin die facultas codicilandi reservirt ist, jeder Zettel oder Wisch, der in des Testators Sachen oder Scripturen gefunden wird, gelten muß, also daß durch dergleichen nachgemacht und unterschobenen Zettel fast über den ganzen Nachlaß zum Nachtheil des sehr schön und förmlich eingesetzten Erben disponirt werden kann.

Dem entsprechend erwähnte das A. L. R. die bestätigten Kodizille in keiner Weise, sondern sie sollten wie alle anderen Kodizille behandelt werden.

Suarez hatte keine Ahnung davon, daß sobald nachher der Französ. code im Art. 970 so weit gehe und jeden solchen Zettel oder Wisch, welcher vom Erblasser ge- und unterschrieben, auch datirt ist, für ein rechtsgültiges Testament erklären würde.

Auch in Oestreich gilt nach §. 578 des Gesetzbuchs von 1811 ein solcher Zettel als Testament, sogar ohne Beifügung des Tages und Ortes der Errichtung.

So gilt in einem großen Theile Deutschlands jedes nur schriftlich errichtete Testament. Man hört nicht, daß diese,

den Testatoren gewährte freiere Form der Errichtung ihres letzten Willens, in diesem Theile Deutschlands Nachtheile herbeigeführt hat. Wieviel weniger konnte es in Preußen bedenklich sein, die bisher dem Testator gestattete Befugniß zu lassen, daß er sich selbst in einem förmlichen Testament für zu errichtende Kodizille die schriftliche Form vorbehalte.

In der That erregte in Peußen die von Suarez befürwortete Neuerung Anstoß. Die Gesetzcommission erstattete hierüber am 23. Okt. 1800 ein Gutachten, welches sich gegen dieselbe und dafür aussprach, die im Testamente bestätigten Codicille für gültig zu erachten, wenn sie nur vom Testator eigenhändig ge- und unterschrieben seien, denn es sei nicht rathsam *ohne Noth von alten Gesetzen, Verfassungen und Einrichtungen abzuweichen, wobei sich der Staat bisher wohl befunden habe.*

Da nun diese Zeitschrift zunächst der civilistischen *Praxis* gewidmet ist, so fragt es sich, welchen Weg die gemeinrechtliche Praxis einschlagen soll?

So großen Werth die Praxis auch auf die Theorie legen muß, welche die reinen Sätze des Römischen Rechts herzustellen und dessen geschichtliche Entwicklung zu erforschen hat, so muß die Theorie wie die Praxis doch ganz besonders auch auf die verschiedenen Elemente Rücksicht nehmen, welche bei der Entwicklung des Röm. Rechts zusammen wirkten.

Findet sich nun, daß schon die Römer ihrem strengen Civilrecht gegenüber das, dem deutschen Elemente verwandte jus gentium zur Geltung kommen ließen, so war dies, wie Puchta sagt, die Wirkung des *allgemeinen Rechtssinnes* der Röm. Juristen. Grade diesen allgemeinen Rechtssinn darf unsere Praxis festhalten. Nicht bloß die Römische, sondern auch die deutsche Praxis hat eine unser gemeines Recht fortbildende und gestaltende Kraft. Das *gemeine Deutsche* ist nicht *rein Römisches* Recht.

Die deutsche Praxis ist ganz besonders berechtigt, dem allgemeinen Elemente des Rechts einen maaßgebenden Einfluß auch dem jus civile gegenüber zuzugestehn. Wenn nun die Theorie in unserem Falle nachzuweisen im Stande ist, daß die

von der gemeinrechtlichen Praxis befolgten Sätze dem Wesen und Geiste des Römischen Rechts entsprechen, so muß auch die Praxis an diesem Satze festhalten.

V.

Die neuesten Leistungen der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Civilprocesses, mit besonderer Beziehung auf die Arbeiten der in Hannover versammelten Commission zur Berathung eines gemeinsamen deutschen Gesetzbuchs über Civilproceß, und mit Rücksicht auf den neusten vorgelegten Entwurf einer Civilproceßordnung für Baden.

Von

Mittermaier.

Die in dieser Zeitschrift [1]) erwähnte Commission zur Berathung einer gemeinsamen deutschen Civilproceßordnung hat ihre Thätigkeit begonnen, und schon liegt das Ergebniß ihrer Berathungen in einem Theil des Entwurfs und in ausführlichen Protocollen über die Berathung (380 Seiten enthaltend) vor. Wenn wir auch fortdauernd an der in diesem Archive ausgesprochenen Ueberzeugung festhalten, daß das Zustandekommen eines allgemeinen deutschen Gesetzbuchs über Civilprozeß nicht so bald erwartet werden darf, wenn anzunehmen ist, daß die Kammern der einzelnen Staaten nicht so leicht ihr in alle Einzelheiten eines vorgelegten Entwurfs eingehendes Prüfungs- und Zustimmungsrecht aufgeben und sie bei der Ausübung dieses Rechts die Interessen, Zustände und Bedürfnisse, die für die gute Wirksamkeit einer Civilprozeßordnung einflußreich sind, beachten werden, so muß doch das Ergebniß der Arbeiten der hannoverischen Commission als ein erfreuliches begrüßt werden. In den vorliegenden Berathungen, an welchen Männer betheiligt waren, welche ihre in den meisten Theilen des deutschen

1) Bd. 45, S. 387.